LANZA

Dolo e colpa

1907

CHINI

Avv. VINCENZO LANZA

PROF. PAREG. DI DIRITTO E PROC. PEN. NELL'UNIVERSITÀ DI PALERMO

DOLO E COLPA

Dalla *Rivista di Diritto Penale e Sociologia Criminale*

Anno VIII, Pisa, 1907.

IN PISA

DALLA TIPOGRAFIA DEL CAV. F. MARIOTTI

Piazza dei Cavalieri, 6.

1907

DOLO E COLPA[1]

1. Dolo e motivi dell'azione. — 2. I moventi costituiscono criterio di commisurazione della pena. — 3. Il delitto preterintenzionale è delitto doloso: il verificarsi dell'effetto non voluto costituisce una circostanza aggravante. — 4. Colpa e cause psichiche della colpa. — 5. Dolo e colpa sono stranieri alle contravvenzioni: teoria delle contravvenzioni e analisi dei momenti psichici che le determinano. — 6. La conoscenza della legge penale come condizione subiettiva della imputazione: critica: l'ignoranza della *legge penale* è circostanza attenuante. *Leggi penali* e regolamenti amministrativi.

1. Dolo, in penale, è la risoluzione di ledere un diritto subiettivo.[2] Il delitto doloso consta pertanto di due elementi: *a*) l'elemento subiettivo: la risoluzione criminosa; *b*) l'elemento obiettivo: la concretizzazione della risoluzione.

[1] Con queste brevi linee non s'intende certamente esaurire tutta la dottrina del dolo e della colpa, ma soltanto accennare alle più fondamentali e perciò più importanti applicazioni delle nozioni in essi contenute.

[2] Com'è noto, il WUNDT (*Grundriss d. Psychologie*, Zw. Auf.' 97 § 14, n. 7) distingue nei processi del volere la *decisione* (Entscheidung) dalla *risoluzione* (Entschliessung); risponde la decisione a quel tipo di processi psichici nei quali il motivo determinante si fa repentinamente prevalente; la risoluzione, a quel tipo di processi psichici di scelta precedenti l'atto volontario; la decisione si ha così quando noi distinguiamo il motivo predominante dagli altri; la risoluzione invece quando il processo volitivo è considerato come prodotto di premesse diverse. Questa finissima distinzione che ha un grandissimo valore analitico nel campo della psicologia scientifica,

La risoluzione criminosa, nudo pensiero, non costituisce così per sè sola il delitto doloso; come la lesione del bene giuridico non lo costituisce, ove dalla risoluzione essa non muova. E se la caratteristica del delitto doloso è nella risoluta commissione di un fatto lesivo di un diritto soggettivo o bene giuridico, l'analisi dei motivi determinanti la risoluzione criminosa non è essenziale alla nozione di delitto doloso: questa nozione si riferisce alla nuda attitudine della psiche di colui che pone in essere la violazione, non già al processo che è fonte dell'azione violatrice.[1] E ciò per la ragione evidente per sè stessa che il motivo determinante all'azione non esclude gli elementi propri al delitto doloso; e cioè non esclude: *a)* l'elemento obiettivo, in quanto il motivo dell'azione non spoglia l'azione stessa del suo carattere lesivo di un bene giuridico, e quindi lesivo delle condizioni di esistenza della vita di relazione;[2] *b)* l'elemento subiettivo, in quanto qualunque

lo ha anche nel campo della psicologia del dolo relativamente all'analisi dei processi psichici che lo precedono e quindi ad una più efficace conoscenza delle forze criminose; sotto questo punto di vista, e secondo la nozione dei processi psichici del volere data dal WUNDT noi nella voce risoluzione comprendiamo tanto la risoluzione propriamente detta, quanto la decisione: nel primo caso un complesso di moventi chiaramente avvertiti, in maniera che l'azione sia preceduta da lotta antagonistica fra i moventi stessi, onde un *processo di scelta;* nel secondo, l'assenza di questo processo; avvertiamo però che secondo lo stesso WUNDT non esiste una distinzione fra *atto volontario* e *atto di scelta*, ma esistono atti preceduti da scelta e atti non preceduti da scelta.

[1] La distinzione fra dolo e motivi d'azione già nettamente accennata dal ROMAGNOSI (*Genesi* §§ 1341-1353), fu elaborata dall' IMPALLOMENI, (*Codice*, pp. 174-175; *Omicidio*, n. 177; *Istituzioni*, pp. 139-140; 225-226).

[2] Quindi, come non è sufficiente il motivo a dare o a spogliare una data azione dei caratteri di reato, così rigorosamente parlando, non esistono *motivi discriminanti*, motivi, vale a dire, i quali tolgono all'azione il suo carattere di delitto. E così, secondo noi pensiamo, la esecuzione della legge, l'obedienza gerarchica, la legittima difesa e lo stato di necessità non costituiscono motivi discriminanti, perchè non al motivo che queste azioni determina è dovuta la non applicazione della pena, ma alle condizioni *obiettive* in cui l'agente versa nel momento dell'azione. E queste condizioni costituiscono non vere e proprie *discriminanti*, ma *scusanti obiettive;* il carattere delle discriminanti è tutto dato dal fatto che le azioni *perdono il loro carattere di reato:* ed è allora evidente che questa virtù discriminatrice è do-

sia il motivo determinante la sua esistenza, non elimina l'esistenza della risoluzione di ledere il bene giuridico aggredito.[1]

Rigorosamente parlando la realtà di esistenza della risoluzione criminosa concretizzantesi nella aggressione dei beni giuridici, non è esclusa dalla esistenza dei processi psichici precedenti la risoluzione stessa o dalle finalità cui essa si ispira: come risoluzione, la nozione del dolo ha vita anche indipendentemente dall'analisi dei processi stessi, e il delitto doloso sarà sempre tale, avrà cioè il carattere di un'azione procedente da risoluzione, qualunque sia la natura dei suoi moventi.

Ed appunto dalla fusione, anzi, dalla confusione dei processi psichici determinanti alla risoluzione, (motivi) con l'ultimo termine dei processi stessi (la risoluzione) è venuto fuori l'errore psicologico dei *gradi* del dolo:[2] perchè nelle singole

vuta soltanto alle cause che escludono la possibilità di applicazione della pena (scriminanti subiettive) perchè l'azione espressa non ha quel carattere di reato. La differenza che noi annunziamo tra le discriminanti e le scusanti obiettive è questa: il fatto, poniamo, commesso dal pazzo, non acquista mai il carattere di reato; laddove il fatto commesso per obbedienza, per legittima difesa ecc. non solo non perde mai il carattere di reato, ma questo carattere si rifà chiarissimo nella figura dell'*eccesso*. In altri termini: l'azione del pazzo non sarà mai un reato e quindi non sarà mai punibile, (esclusa la infelice ipotesi dell'art 47 Cod. Pen.); l'azione per obbedienza etc., non sempre è un *non reato* e cioè non sempre va impunito, ciò che chiaramente indica che ha sempre in sè i caratteri del reato. E da un altro punto di vista le *discriminanti* appaiono radicalmente diverse dalle *scusanti obiettive*, e cioè non soltanto per le prime non esiste il reato, laddove per le seconde il reato esiste ma non è punibile; ma ancora, negli effetti loro, discriminanti e scusanti obiettive differiscono per il fatto che la discriminante può produrre l'applicazione di rimedi non penali (articoli 46, cap.; 47 ult. cap.; 48; 53 cap.; 54; 55 ult. cap.; 57, 58, Cod. Pen.) laddove le scusanti obiettive non danno luogo ad alcun rimedio.

[1] La nozione del dolo è dunque prevalentemente formale; essa serve a indicare la *forma* psichica dell'azione e cioè se a produrla intervenne quella particolar forma di processo psichico che costituisce il processo della volontà. Ma comprende anche un elemento costitutivo specifico dato dalla direzione finalistica dell'atto volontario, e cioè dalla volontà di ledere un bene giuridico.

[2] La più nota sistemazione teorica che a sua radice ha questo errore fondamentale fu data dal Carrara (Cfr. specialmente, *Opuscoli*, Vol. I, opuscolo VII: Dolo).

figure di delitti dolosi si rinvenne un motivo più o meno persistente, si affermò l'esistenza di un dolo più o meno intenso, secondo la maggiore o minore energia o continuità del motivo deterinante. Come risoluzione, il dolo non ha gradi; purchè esso sia tale da dar vita ad una azione violatrice di un bene giuridico, esso è sempre unico ed eguale a sè stesso: eguale è il dolo in un delitto d'impeto e in un delitto per malvagità, perchè eguale è l'attitudine della psiche di chi commette l'uno o l'altro, eguale in questo senso che l'azione è ugualmente risoluta tanto nell'uno quanto nell'altro delitto.

2. Diremo dunque noi che irrilevante nei rapporti psicologici e nei rapporti giuridici è l'analisi dei processi onde il dolo concretizzantesi nell'azione emerge?

Come risoluzione, il dolo si porge all'analisi psicologica quale ultimo stadio di un processo in cui entrano a comporsi unitariamente tutti gli elementi della coscienza: come processo suppone motivi e cause che lo determinano; finalità chiaramente avvertite che coloriscano di sè stesse la risoluzione; contenuti specifici, in una parola, che lo distinguano dagli altri processi psichici.

Se alla nozione di delitto doloso è indifferente l'analisi di questi processi, l'introspezione e l'osservazione obiettiva ci dicono però che la reazione nella nostra coscienza eccitata dai singoli delitti dolosi non è sempre eguale a sè stessa. Chè anzi l'analisi degli stati di coscienza contessentisi insieme all'urto dei fatti criminosi pone in evidenza come dalle singole emozioni costituenti il contenuto degli stati stessi si svolga una energia dinamogenetica differenziantesi non soltanto in relazione alla qualità dell'istinto che con l'azione criminosa vien leso, ma ancora in rapporto alla qualità dell'eccitamento, e cioè alla natura delle forze che spingono l'autore del fatto a commettere il fatto stesso.

E così un criterio desunto dalla indagine sperimentale ci dice che le emozioni della paura e della collera socializzate per simpatia, e più particolarmente la disapprovazione che è la forma umana della collera, si risvegliano in noi più intensamente all'eccitamento contenuto in un certo tipo di fatti

criminosi, che non all' eccitamento contenuto in un tipo diverso.[1]

Del resto sembra che questo particolar differenziarsi delle energie emozionali sorgenti dall'urto dei fatti criminosi debba riferirsi al meccanismo stesso dei motivi dell' azione per entro alla psiche di chi commette l'atto criminoso. Gli eccitamenti ambientali costituiscono per la psiche individuale una causa di risveglio degli eccitamenti interiori deil' azione; ma questi eccitamenti allora soltanto si trasformano in elementi motori, in propulsori della condotta e cioè in motivi, quando si affissano in un organismo proclive a fecondarli. Quindi non è erroneo il dire che i motivi generano l'azione, ma in questo senso che l'azione stessa non è *soltanto* determinata dall' eccitamento sorgente dal mondo esteriore: se così fosse, ad eccitamenti eguali dovrebbero sempre ed in tutti i casi rispondere reazioni eguali; il diversificarsi delle singole reazioni sembra che debba essere piuttosto riferito a quelle particolari tendenze che costituiscono come l'invincibile terreno su cui incoscientemente si muove tutta l' azione individuale, e che formano coi motivi coscienti ciò che è comunemente detto il *carattere.*

La pressione deterministica svolgentesi dai motivi sorgenti dalla vita di relazione, e cioè dai motivi contrapponentisi alle forze criminose ha una reale efficacia a condizione che trovi un terreno psichico proclive a fecondarla; e il dibattito misterioso e pur così vivace e continuo tra i motivi dell' azione permette la vittoria dei motivi sociali a condizione che gli elementi incoscienti contenuti negli organismi individuali permettano una relativa sensibilità a quella pressione. Ed è sotto questo punto di vista che noi già dicemmo, infissa la responsabilità alle azioni esprimenti un carattere che nella reazione agli eccitamenti del mondo esterno si attua in una direzione deviante dalla normalità.[2]

Nè con ciò s' intende già dire che il carattere sia per

[1] Per un maggiore sviluppo conf. il nostro libro *L' Umanesimo del diritto penale: analisi psicologica della reazione penale,* Reber 1903, cap. II.

[2] Cfr. la nostra *Teoria associazionista della responsabilità penale,* in *Riv. pen.,* vol. LXVI, fasc. II.

sè stesso restio ad ogni modificazione: tutta la pedagogia scientifica si fonda anzi sul presupposto sperimentale della modificabilità delle attitudini individuali, mediante un processo contrapponente motivi coscienti al tessuto delle cause incoscienti.

Se noi indichiamo con lá parola *motivi* i propulsori coscienti dell'azione e con la parola *cause psicologiche* i propulsori incoscienti, è evidente come la determinazione dovuta ai motivi pone in evidenza la natura delle cause psicologiche giacenti negli organismi individuali: i motivi determinanti all'azione pongono in evidenza il carattere dell'agente e ne costituiscono l'indice più sicuro. Principio codesto che per la sua evidenza non richiede ulteriori spiegazioni.

E dall'uno e dall'altro contessersi degli elementi psichici (motivi, cause dell'azione) quali essi vengono a manifestarsi o ad essere indicati mediante la concretizzazione della risoluzione criminosa, è posto in essere, nei rapporti con la coscienza dei consociati, un risveglio di emozioni più o meno intense: così l'emozione della paura, come rappresentazione sentimentale della possibilità di ripetizione del fatto criminoso, come possibilità, per usare di una dizione favorita dall'Impallomeni, di espansione di pericolo criminale, è più intensa per alcune forme di delitto, anzichè per altre forme; come la disapprovazione nostra per un certo tipo di fatti è più intensa che non per un tipo diverso.

Rendesi così evidente come la risoluzione criminosa ci dia il mezzo di classificare un dato tipo di fatti tra i delitti dolosi, indipendentemente dall'analisi dei motivi e delle cause psichiche dell'azione; e, del pari, come l'analisi di questi elementi psichici non sia un criterio per la determinazione dell'esistenza o, anzi, per la *costituzione* del delitto doloso, ma attui un criterio di scelta e di commisurazione dei mezzi repressivi dell'azione.

Costituiscono dunque dolo ed elementi psichici dell'azione due ricerche diverse tendenti a due fini diversi: il primo dà mezzo di caratterizzare il delitto fra i volontari, e cioè preceduti dalla risoluzione criminosa; i secondi danno adito alla maggiore aderenza tra le forze criminose e i mezzi di repressione. Costituiscono perciò due problemi distintamente separati, la confusione dei quali conduce ad una inesatta e arbitraria costruzione dei principi del diritto penale scientifico.

3. È, alla costituzione del delitto doloso, rigorosamente necessaria la prerappresentazione di tutti gli effetti dell'azione propria? Certo la risoluzione di compiere quella data azione implica che, durante gli stati di coscienza accompagnanti la risoluzione si formi la rappresentazione dell'effetto cui si mira. Ma la prerappresentazione di tutta intera la catena degli effetti della propria condotta può anche non formarsi; come sono così molteplici in date circostanze e così complesse e così accidentalmente casuali gli effetti stessi, che il richiederne la coincidenza con l'eventuale prerappresentazione è un assurdo psicologico.[1]

Ma l'assenza di questa rappresentazione anticipata di tutta la catena degli effetti dell'azione come la non coincidenza degli effetti reali con gli effetti prerappresentati non influisce sulla natura del delitto, e cioè non ne muta le linee costitutrici: se noi immaginiamo la serie di questi effetti come ligati tra loro alla risoluzione onde origina il fatto che gli effetti stessi pone in essere, possiamo bensì dire che gli effetti sieno stati non presenti alla coscienza, non già che il fatto non sia stato voluto.

La prerappresentazione della catena degli effetti della propria condotta può non coincidere con gli effetti reali per difetto o per eccesso. Nel primo caso sorge la figura del delitto mancato; nel secondo del delitto cosidetto preterintenzionale.

Che il primo, e cioè il delitto mancato sia delitto doloso nessuno ha mai contestato.

[1] Alessandro Manzoni in una critica, ingiustamente obliata, al sistema che fonda la morale sull'utilità (*Osservazioni sulla Morale Cattolica*, 2. edizione, Appendice al Cap. III) ha delle considerazioni finissime sulla possibilità di previsione degli effetti dell'azione umana, sui quali effetti noi, dall'esperienza nostra, non possiamo avere che un semplice indizio di maggiore o minore probabilità. L'insegnamento discendente da questa proposizione così elementare, da lui profondamente sviluppata, sta a dirci la impossibilità di prevedere rigorosamente e rigidamente tutti gli effetti della nostra condotta. E questo principio è assai più diffuso e assai più importante di quello che un'osservazione superficiale potrebbe far credere. Il Cairnes ad esempio (*Carattere e metodo logico dell'Economia politica*, in *Bibliot. dell'Econ.* 3. Serie, vol. IV, 549 e seg.) parla dell'impossibilità di determinare con sicurezza la linea che sarà seguita da un fenomeno sociale nel suo svolgimento, e che quella linea risponderà alle previsioni soltanto

Non così del delitto preterintenzionale, in cui l'attuazione della risoluzione concretizza un prodotto che supera i limiti dell'effetto lesivo rappresentato nella coscienza dell'agente: l'effetto differenziale che s'interpone tra l'effetto voluto e l'effetto reale suole riferirsi ad uno stato di coscienza diverso dallo stato iniziale risolutivo dante vita all'azione. Parlasi così di dolo misto a colpa, di colpa determinata dal dolo, di dolo indiretto, visioni teoriche le quali tendono a concludere che il delitto preterintenzionale non è un delitto doloso.

Una critica di queste visioni teoriche non può essere condotta anzitutto che su criteri psicologici: quando parlasi di dolo e di colpa, qualunque sia il particolar contenuto che all'uno o all'altra si affiggi, ci si riferisce evidentemente a due distinti e chiaramente differenziati stati di coscienza come fonti e propulsori dell'azione. Anticipando alquanto le nozioni che più tardi daremo sulla colpa, il carattere più spiccato e più nettamente balzante dall'analisi comparativa di questi stati di coscienza è: nel dolo, la risoluzione; nella colpa l'assenza di risoluzione: quindi nell'uno la risoluzione è causa dell'azione; nell'altra la fonte dell'azione è in uno stato di coscienza caratterizzata dalla assenza di risoluzione. Quindi, ancora, l'azione espressa dai due stati di coscienza formanti

accidentalmente. E che nell'evoluzione sociale il rapporto tra gli effetti ed il fine *rappresentati* è tale che sempre tra gli effetti reali sono compresi effetti secondari *non rappresentati*, è insegnato dal WUNDT che su questo principio fonda la sua legge dell'*eterogenesi dei fini* (Cfr. Grundriss cit. § 24 n. 3; *Ethik*, Zw. Aufl. 1892, Erster Abscnitt, Viertes Cap. n. 3, b S. 265-267).

Se abbiamo ricordato queste teorie egli è perchè è una illusione teorica il pensare alla possibilità di previsione di tutti gli effetti della nostra condotta, e quindi la prerappresentazione degli effetti stessi può formarsi come non può formarsi e può verificarsi come non verificarsi, ed essi possono superare o non attingere la previsione stessa: è un principio che ha il suo valore non soltanto nel campo della attività collettiva, ma anche in quello delle attività individuali. Quindi sembra a noi erroneo non soltanto il richiedere per la costituzione del delitto doloso la prerappresentazione degli effetti; ma anche la coincidenza degli effetti prerappresentati con gli effetti reali: non la prima perchè questa prerappresentazione può, in date condizioni psichiche, non formarsi; non la seconda, perchè può non verificarsi. Quindi tanto l'uno quanto l'altra sono elementi estranei alla costituzione della nozione di delitto doloso.

il contenuto del dolo e della colpa è caratterizzata dal momento iniziale psichico che all'azione stessa dà vita. Epperò sembra che il criterio fondamentale per distinguere l'azione dolosa dall'azione colposa sia appunto il criterio desunto dall'analisi del momento iniziale dell'azione stessa.

C'è dunque un primo ordine di idee che impedisce l'ibrida miscela di dolo e di colpa nel delitto preterintenzionale: esso è delitto doloso perchè il suo momento psichico iniziale è la risoluzione, caratteristica specifica del dolo.

Inoltre, il parlare di un dolo misto a colpa implica la coesistenza di due stati di coscienza l'uno avente a contenuto la risoluzione, l'altro avente a contenuto l'assenza della risoluzione. Come possano questi stati di coscienza, contraddittori nel loro contenuto, simultaneamente coesistere quali contemporanei propulsori dell'azione, in verità non è facile spiegare, e nessuno dei criminalisti che favoriscono tale conclusione ha saputo spiegarlo. In realtà però sembra che la prima radice di questo errore che mescola dolo e colpa in unico fatto debba rinvenirsi in una illusione mentale che disintegra e sposta la catena dei momenti costituenti l'azione: quando si è dimostrato che l'agente voleva un dato effetto e non gli effetti ulteriori, allora si fa dai criminalisti una distinzione come se si trattasse di due azioni consecutive: la prima, generata dalla risoluzione, è chiusa dall'effetto voluto; la seconda, generata dall'assenza di risoluzione, è iniziata dal primo degli effetti non voluti.

Ma egli è evidente che non trattasi di due azioni consecutive o coesistenti; trattasi invece di una serie di effetti discendenti da un'azione sola e legati l'uno all'altro da un processo di causalità tale che ciascuno di questi effetti è da considerarsi come il conseguente dell'azione voluta, e come l'antecedente dell'effetto successivo: la contrapposizione di due serie causali, l'una rappresentata nella coscienza dell'agente, l'altra realmente attuata per il succedersi degli effetti consecutivi all'azione non ha valore di denaturare il momento psichico iniziale dell'azione stessa cui si vanno contessendo gli effetti; l'azione è voluta con unico atto mentale risolutivo e l'assenza di rispondenza tra gli effetti voluti e gli effetti non voluti non ha altro valore che di una circostanza modificante la nostra disapprovazione.

Ed è questo il significato vero del delitto cosidetto preterintenzionale: il verificarsi dell'evento non voluto non denatura il delitto che rimane sempre un delitto doloso, ma costituisce per converso una circostanza che non muta il *titolo del reato,* ma aggrava la pena.[1] In sintesi: il verificarsi dell'evento che supera la catena degli effetti voluti, costituisce una circostanza aggravante, a quella stessa guisa, noi diremo per analogia e non per comparazione assimilatrice, a quella stessa guisa che la *concausa* costituisce una *circostanza aggravante.* Cade così tutta l'architettonica costruita sulla concorrenza del dolo e della colpa nel delitto preterintenzionale: non una *culpa dolo determinata* sia per *la contradizion che nol consente,* sia perchè in verità non trattasi di due azioni distinte generate da due distinti stati di coscienza, ma di un nesso causale tra i singoli effetti dell'azione voluta. Non un *dolo indiretto* perchè se il dolo è la risoluzione di ledere un bene giuridico è anche una contradizione di termini il parlare di un *dolo non diretto.*

E tanto meno poi è il caso di parlare di *dolo indeterminato* il quale, in via generale, non ha alcun valore pratico: la risoluzione criminosa incriminabile si concretizza in un elemento obiettivo, il quale è l'unico indice dell'esistenza di quello; l'indagine sui diversi effetti voluti coll'azione non ha dunque il suo valore se non a condizione che sia desunto dall'elemento obiettivo, onde non è penalmente concepibile fuori

[1] Diciamo *aggrava la pena* perchè per noi la responsabilità non è mai nè maggiore nè minore, ma, concepita come punizione, essa sta a dirci soltanto che ciascuno deve portare gli effetti della propria condotta: noi non possiamo in realtà dire che la responsabilità sia più grande a sèguito della commissione di un omicidio di quella che non sia a sèguito della commissione di un reato contravvenzionale; la diversificazione d'intensità degli stati di coscienza che si risvegliano in noi all'urto dei fatti criminosi non è data dalla diversa intensità della responsabilità, ma dalle emozioni che all'urto del reato si contessono nella nostra coscienza. La responsabilità, in ultima analisi, è soltanto la direzione che le nostre emozioni assumono a sèguito dell'eccitamento del fatto criminoso, e il suo contenuto è la pena. La responsabilità, dunque, per sè stessa non è nè maggiore nè minore; è la pena che digrada o si fa più intensa, ma non digrada nè si fa più intensa la responsabilità.

di questo elemento, qualunque sia la forma sotto cui si manifesta una ricerca sulla intenzione. Ed è ancora contradditorio nel cosidetto delitto preterintenzionale la ricerca di un dolo indeterminato, perchè se si dimostra che più effetti si volevano conseguire dall'agente, e uno di essi fu conseguito, allora la quistione esce dai limiti del delitto preterintenzionale, perchè questo suppone la consecuzione di un effetto non voluto.[1]

4. Colpa in penale è la inosservanza non dolosa di una norma di condotta.[2] Il delitto colposo consta perciò di due elementi *a*) l'elemento subiettivo: la inosservanza non deliberata; *b*) l'elemento obiettivo: la lesione di un bene giuridico causata da quella inosservanza. La quale inosservanza non basta dunque a costituire il delitto colposo, come non basta a costituirlo il solo elemento obiettivo: questo deve essere causato dalla inosservanza, e la inosservanza deve condurre alla lesione del bene giuridico.

E notisi che noi non diciamo inosservanza di norma *giuridica*, una norma cioè di diritto positivo: molte disposizioni non sono nel codice penale nè in altro codice e pur costituiscono come un codice della condotta degli individui nel seno della vita di relazione. Chè anzi appunto certe figure di reati colposi (come certe figure di reati dolosi) son posti in essere nell'esercizio del proprio diritto o nella espressione di attività permesse o, almeno, non negate e non avversate dal diritto positivo.[3]

Se colpa è l'inosservanza della norma, non è essenziale alla nozione della colpa stessa l'analisi dei processi psichici che la precedono. E come alla nozione del delitto doloso vedemmo non essere essenziale i motivi e le cause che determinano la risoluzione, così alla nozione di delitto colposo non è essen-

[1] Che l'omicidio preterintenzionale sia un delitto doloso fu già insegnato dall'IMPALLOMENI nella classica sua opera l'*Omicidio*, n. 32 e nel *Codice Penale*, pag. 178.

[2] Questa dottrina è analoga a quella insegnata dall'IMPALLOMENI. Cfr. *Istituzioni* § XVII.

[3] Contrariamente lo STOPPATO nell'*Evento punibile* (pag. 201 e seg.): libro splendido che rivela e magistralmente attua l'esigenza di una sistemazione organica dei complessi problemi cui la teoria della colpa dà luogo.

ziale l'analisi delle cause che si contessono nella formazione generatrice della inosservanza; e qui diciamo soltanto *cause,* perchè trattasi di motivi incoscienti e non di motivi coscienti: ove l'inosservanza fosse determinata da motivi coscienti, non si avrebbe che l'attitudine propria ai delitti dolosi.

Ci permettiamo anzi di credere che la radice di tutti gli errori contenuti nella nozione della colpa sulla quale tanto si è scritto, sia appunto questa, e cioè l'introduzione nella nozione della colpa degli elementi psichichi che la determinano, a quella stessa guisa che tutti gli errori intorno al dolo promanano dall'essersi voluto non distinguere il processo preparante la risoluzione dalla risoluzione stessa.[1]

E come nel dolo i diversi elementi che lo preparano costituiscono delle cause alteratrici del sentimento di disapprovazione e di paura che si risvegliano in noi all'urto del reato; le singole cause della colpa non sono che intensificatrici o attenuatrici dei sentimenti stessi. Ed è evidente che qualunque sia la causa della inosservanza, la inosservanza stessa (non dolosa) sussiste pur sempre; come le diverse forme che gli elementi psichici assumono nel determinare l'esistenza della inosservanza possono costituire certe particolari figure di reato (così per es. alcune figure di reato possono sussistere soltanto per inosservanza dovuta ad imperizia, altre per inosservanza dovuta a negligenza etc.). In maniera che le diverse forme sotto le quali appare l'inosservanza non sono elementi essenziali alla costituzione della nozione di colpa,[2] a quella stessa guisa che i motivi dell'azione non sono essenziali alla costituzione della nozione del dolo; ma così le forme della inosservanza come i motivi dell'azione sono criteri costitutori delle singole figure di reato e ad un tempo criteri per la scelta e per la commisurazione delle pene.

In ultima analisi alla nozione della colpa, come alla nozione del dolo ciò che interessa non è il processo onde emanano gli stati psichici che vi corrispondono, ma l'attitudine *risultante:* se, con figura geometrica, noi chiamiamo *risultante*

[1] Quindi, non esiste, come per il dolo, una teoria dei *gradi* della colpa. Cfr. STOPPATO, op. cit. 144 seg.

[2] Analogamente, benchè da un punto di vista diverso, STOPPATO, o. cit. 148.

l'attitudine finale della psiche che concretizza la risoluzione o l'omissione, e *forze componenti* gli stati psichici che le determinano, possiamo dire che la risultante (attitudine finale delle psiche) interessa ed è sufficiente alla costituzione della nozione di dolo e di colpa; la scomposizione di questa risultante nelle sue forze componenti costituisce una ricerca che è straniera alla nozione di dolo e di colpa, e che ha la sua importanza soltanto nei rapporti o con la determinazione delle singole figure di reato o, e più specialmente nella determinazione dei criteri sulla commisurazione con la pena.

Nè vale il dire, che, in ultima analisi, noi siamo venuti alla conclusione di definire la colpa integrandola nel suo elemento *negativo* e che così quando sapremo che colpa non è dolo, noi non perciò sapremo che cosa la colpa sia. Questa obiezione è grossolana: perchè quando noi vogliamo sapere, in psicologia positiva, che cosa sia un atto involontario, noi non possiamo definirlo che pel suo contrapposto, l'atto volontario; a quella stessa guisa che quando noi vogliamo definire psicologicamente la disattenzione, non possiamo che darne una nozione contrapposta a quella sulla attenzione. Chè anzi le definizioni inverse, quando sia chiaramente noto il termine cui si contrappongono, son quelle che più decisamente dànno la nozione più sicura dell'oggetto che si vuol definire.

5. Dolo e colpa, secondo l'insegnamento comune, sono stranieri alle contravvenzioni. Onde origina questo comune insegnamento?

Se noi projettiamo sulla nozione di *norma di condotta* contenuta nel diritto penale i risultati dell'analisi intorno al contenuto della norma stessa, questa ci appare come il prodotto della trasfusione, nel suo seno, del contenuto proprio della coscienza dei consociati: il convincimento che alcune condizioni di esistenza sieno rispettate e quindi sieno protette dai turbamenti impedenti il loro più favorevole sviluppo, rafforza quel sentimento disapprovativo che i fatti violatori delle condizioni stesse risvegliano. Questa funzione è propria della legge penale, la quale tende a far rispettare quelle condizioni, ed ha un contenuto proprio tutto dato dalle condizioni di esistenza che si voglion tutelare.

Spogliandolo da ogni paludamento accademico, il concetto «condizioni di esistenza» racchiude nella realtà sua un complesso di convincimenti sentimentali, e gli elementi semplici che formano questi convincimenti e dànno loro vita, hanno radice nella psiche dei singoli consociati. Così ciascuno di noi, in virtù di quello che è comunemente detto istinto di conservazione, ha il convincimento sentimentale (sentimentale e cioè a contenuto emotivo) che la integrità nostra personale debba essere rispettata: quel convincimento copre e protegge l'istinto nostro alla vita. Il convincimento sentimentale che le cose nostre non debbono essere violate poggia sull'istinto di proprietà e lo protegga, e così di seguito.[1]

Sotto questo punto di vista i convincimenti sentimentali si porgono all'analisi come involucro protettivo degli istinti; e la norma penale ci appare come una trasmutazione in pensiero o in azione coscienti e finalistici del contenuto dei nostri istinti che si sono intensificati o formati durante il moto infinitamente secolare della vita di relazione. In maniera che, e questo importa bene fissare, il contenuto dei beni giuridici e della norma che li specifica e li protegge è tutto dato dagli istinti dei singoli viventi la vita comunitativa: dagli istinti del socius: la posizione della norma ha una funzione tutelatrice del pacifico possesso di questi diritti, e cioè tutela la conservazione degli istinti stessi.

E non soltanto il convincimento della necessità che questi istinti non sieno violati viene manifestandosi con una energia che indirizza alla tutela immediata degli istinti stessi, ma si esplica altresì con direzione di previsione, in maniera che sieno posti ostacoli energici perchè certi fatti dai quali può essere posta in pericolo l'integrità loro non sieno commessi.

Questa particolare forma di previsione si attua mediante lo sforzo di una visione degli effetti possibili, e perciò lontani, della condotta umana; onde, tutte quelle direzioni della condotta stessa che possono produrre un pericolo sia perchè mediante essi potrebbero esser lesi i nostri beni giuridici individuali o collettivi, sia perchè mediante essi verrebbero vio-

[1] Cfr. *La teoria ass. della respons. pen.* cit.

late le più favorevoli condizioni dello sviluppo dei diritti stessi, sono anch'esse punite, e cioè è posto un ostacolo di prevenzione alla commissione loro. Ed è per ciò appunto che questa particolare forma di previsione, costituente un più perfetto e più elevato sviluppo dei nostri poteri di previsione, segna un momento più evoluto della nostra costituzione psichica, la quale ci fa analizzare, entro la sfera della possibilità umana, gli effetti probabili e approssimativi della condotta non soltanto dal punto di vista della realtà del pericolo in cui un certo tipo di fatti pone i nostri beni giuridici; ma anche dal punto di vista della possibilità del pericolo stesso. Ed anzi questo sollevarsi dei nostri poteri psichici avvisanti elementi causali sempre più complessi e colliganti un fatto attuale ad effetti remoti è forse il carattere differenziale più saliente e più spiccato che separa lo sviluppo della psiche umana dalle forme più umili ond'essa è venuta sgorgando.[1]

Scindesi così in una duplice visione quella tutela degli istinti che è come un invincibile prodotto della gran voce della natura sociale nostra: visione di fatti che col loro attuarsi ledono i beni giuridici; visione di fatti che col loro attuarsi contengono la possibilità di lederli; distinzione che non è il portato di un'astrazione teorica, ma sale dalla stessa costituzione e dalla stessa funzione dei nostri poteri psichici, i quali si esprimono nella loro forma evoluta mediante questo rimoto colligamento di effetti dannosi a cause prossime immediatamente non dannose.

E questa duplice forma protettiva viene attuata dalla norma comminante la pena non soltanto per i fatti che pongono in essere l'aggressione ad un bene giuridico, ma anche per quel particolare tipo di fatti che pur non essendo immediatamente dannosi, danno pur tuttavia la possibilità di un pericolo di violazione dei beni stessi. Tale magistero protettivo si svolge sia con la comminazione della pena per il primo tipo di fatti, violanti i beni giuridici: dal dinamismo che dalla norma si svolge tende ad essere risvegliata nei singoli consociati una serie di elementi psichici che, contrapponendosi

[1] È superfluo ricordare che questo principio va inteso con le restrizioni precedentemente annunziate.

alle energie criminose, indirizzano la condotta verso la linea della minore resistenza sociale; sia con la comminazione della pena per il secondo tipo di fatti contenenti un pericolo per i beni giuridici: dal dinamismo che dalla norma si svolge tende ad essere risvegliata nei singoli consociati una serie di elementi psichici incitanti ad una condotta che rispetti quelle condizioni che la prudenza collettiva ritiene necessario che sieno rispettate, onde un pericolo non si attui, che minacci il il libero svolgimento e la violazione dei beni giuridici.

La distinzione tra le due serie di fatti, prima che nella dottrina è nella natura dei fatti stessi; e nitida e precisa appare all'intelligenza scrutatrice, perchè nitida e precisa appare nell'intima costituzione delle necessità da rispettare per il libero sviluppo dei diritti individuali e collettivi. Onde il principio sul quale si fonda la distinzione delle due serie di lesioni della legge penale: delitto e contravvenzione, è essenzialmente obiettivo ed è desunto dal contenuto della norma violata: il delitto attua la violazione del bene giuridico individuale o collettivo; la contravvenzione attua la violazione di una condizione reputata necessaria alla eliminazione del pericolo di lesione dei beni giuridici stessi: nel primo, violazione attuale, reale; nella seconda pericolo di violazione.[1]

[1] Ma non egualmente nitida e precisa appare la distinzione nel nostro diritto positivo. E su questo punto si aderge una vigorosa discussione non peranco chiusa e a cui hanno preso parte i più eminenti criminalisti italiani. Sorse, com'è noto, questa discussione da un responso della Corte regolatrice (relatore il LUCCHINI: *Rivista Penale* vol. LV. 437), negante la costituzione di parte civile nel giudizio per contravvenzione, esulando da questa forma di reato l'elemento danno; ma, mentre da un lato si negò che in tutte le contravvenzioni questo elemento danno manchi del tutto (Cfr. STOPPATO: *L'azione civile nascente dalla contravv.* e: *Ancora l'azione civ.* etc., Temi 1902 e contro, il TUOZZI, *Costit. di parte civ.* in *Giust. Pen.*, vol. IX); d'altra parte fu colta questa occasione per una revisione critica della teoria dominante sulle contravvenzioni: la più acuta espressione di questa tendenza è data nei bellissimi studi del CARNEVALE (*Ammissibilità dell'azione civ. nei giud. di contravv.*: nella *Legge* XLIII, n. 9, e l'altro studio in questa *Rivista* V, 113; *Lesione dei beni giur. nella contravv.*: *Giust. Pen.* XII, fascic. 40), studi che rivelano appunto quel vigoroso e sereno movimento attuale che intenderebbe disciplinare la nozione scientifica relativa ai reati contravvenzionali; e l'IMPALLOMENI, aderì a questo movimento, sforzandosi di portare a contributo di quella revisione la sua nozione dei

La figura del reato contravvenzionale ha dunque questo di particolare: il fatto che lo costituisce (è bene insistere su questo concetto fondamentale) viola una norma posta per la protezione dei beni giuridici, in quanto dai fatti che quella violazione costituiscono viene prospettata una possibilità di pericolo di lesioni. Quindi l' elemento danno è straniero alla contravvenzione, perchè è evidente che quando un danno è posto in essere, la violazione del bene giuridico è già avve-

diritti soggettivi secondari (*Istituzioni*, p. 114; cfr. pure *Rivista Giuridica della Sicilia*, fascic. III, in cui è dall'Impallomeni riassunta la controversia). La esposizione contenuta nel testo dice già che noi non aderiamo a questo movimento se non limitando l'oggetto del contendere: vale a dire: perchè nel nostro diritto positivo alcune figure di reato si porgono all'analisi come figure che, secondo una espressione favorita dal Carnevale, si potrebbero dir *miste*; e cioè, se alcune figure di reati si porgono all'analisi, come purissime in quanto ledono un bene giuridico (delitti) ed altre egualmente pure in quanto non costituiscono lesione di beni giuridici; e, infine, un terzo tipo, le figure miste, concretizzano non soltanto la possibilità di un pericolo indeterminato (elemento tradizionale proprio alle contravvenzioni) ma anche (e sia pure in forma più attenuata) la lesione reale di un bene giuridico (elemento che la tradizione nega alle contravvenzioni); non perchè, noi diciamo, nel nostro diritto positivo si rinvengono queste figure miste, sembra il caso di annunziare la necessità di una rettifica della teoria dominante; la conclusione più netta e più precisa che è possibile trarne si riduce a questa: il nostro diritto positivo volle concretizzare una riforma mediante la distinzione tra delitti e contravvenzioni seguendo il criterio della natura dei fatti punibili desunta dalla tendenza loro a *ledere* o a porre *in possibilità di pericolo* i beni giuridici; ma nel concretizzarla pose alcune figure di reato ledenti un bene giuridico tra le contravvenzioni anzichè tra i delitti. Non è dunque una rettifica della teoria, ma una critica alla sistemazione del Codice, cosa evidentemente molto diversa. Ed è perciò che noi aderiamo piuttosto all'opinione del Brusa (La *contravv. pen. e l'azione civile*: *Riv. Pen.* LVIII, spec. pag. 394, n. 6) e riteniamo come legittima e giustissima la energica opposizione del Lucchini (Cfr. *Riv. Pen.* vol. LVI, 632; LVII, 130; LVIII, 378-379) a questo movimento critico, il quale, è bene insistere su questo, non si risolve secondo noi in una critica della teoria dominante, che a noi sembra impeccabile, ma in una critica di collocamento, nella parte che riguarda le contravvenzioni, di alcune figure di reato che contravvenzioni non sono. La teoria poi che nega ogni carattere differenziale tra i delitti e le contravvenzioni e affermante che le seconde differiscono dai primi soltanto *quantitativamente* è stata finemente, per quanto inaccettabilmente, elaborata da Silvio Longhi in *Teoria generale delle contravvenzioni*.

nuta, e questa violazione trasfigura la natura del reato, che transita da fatto contravvenzionale a delitto.

Questi presupposti ci pongono in grado di determinare le ragioni onde la teoria dominante muove nello escludere la nozione di dolo e di colpa nei reati contravvenzionali: se dolo è la risoluzione di ledere un bene giuridico; e colpa l'inosservanza onde deriva la lesione del bene stesso; è evidente come, non contenendo i reati contravvenzionali una lesione di beni giuridici, ma soltanto la possibilità di pericolo della lesione, gli stati di coscienza proprî al dolo ed alla colpa non possono esistere nella consumazione della contravvenzione: la norma violata con questa ultima non è protettrice di un particolare bene giuridico, ma è protezione di condizioni che, violate, possono attuare il pericolo dei beni giuridici. Quindi dolo e colpa che sono violatori di beni giuridici non trovano applicazione nei reati contravvenzionali.

Diremo perciò che ogni elemento subiettivo venga nelle contravvenzioni a mancare?

Esse non sono costituite da un gretto e puro elemento obiettivo. Ed anzi, se risaliamo alle fonti psicologiche danti vita al dolo ed alla colpa troviamo che le stesse attitudini formali sono comuni così agli stati psichici proprî ai delitti come agli stati psichici proprî alle contravvenzioni.

Infatti la natura psichica del dolo è tutta data dalla risoluzione di compiere il fatto lesivo del bene giuridico; la natura degli stati psichici concretizzanti alcuni reati contravvenzionali è egualmente data dalla risoluzione di compiere il fatto che la costituisce o la risoluzione di non compierlo. Ed ancora: la natura psicologica della colpa è nella inosservanza non dolosa della norma; la natura degli stati psichici concernenti particolari reati contravvenzionali è appunto nella involontaria omissione o commissione dei fatti che li costituiscono.

Dolo e colpa sono stranieri alla nozione della contravvenzione; ma l'attitudine psichica *formale* di chi consuma la contravvenzione, appartiene allo stesso ordine onde emana il delitto: risoluzione e inosservanza non risoluta. L'elemento differenziale tra l'attitudine propria ai momenti psichici concretizzanti il delitto e l'attitudine propria ai momenti psichici concretizzanti la contravvenzione è nel *contenuto* dei processi

psichici e degli stati di coscienza propri all'uno ed all'altra come negli *effetti sociali* dell'uno e dell'altra; nel contenuto, perchè nel delitto causa e motivi psicologici pongono in evidenza un carattere criminale, e cioè un carattere deviante dalla moralità comune, e quindi un pericolo per la armonica coesistenza della vita di relazione; pericolo reale che è indicato anche dai delitti colposi che, pur non essendo sempre e costantemente determinati da cause criminose, hanno una reale importanza relativamente alla protezione dei beni giuridici. Nelle contravvenzioni invece le cause e i motivi dell'azione non pongono in evidenza un carattere criminale, e quindi non hanno un contenuto che accenni ad una deviazione dalla moralità normale.

Negli *effetti sociali,* e perciò giuridici, perchè il delitto riesce ad una reale violazione dei beni giuridici; la contravvenzione pone in essere soltanto la possibilità del pericolo di violazione dei diritti stessi. In quello, un danno reale; in questa, un danno potenziale indeterminato.

E del resto ove questa attitudine psichica formale comune a tutte le forme violatrici della legge penale venisse a mancare, non saprebbe giustificarsi la punizione delle contravvenzioni: la responsabilità, se responsabilità significa punizione, non esiste soltanto in confronto ai delitti dolosi e ai delitti colposi; ma esiste pure in confronto alle contravvenzioni. E, riussumendo, si ha una responsabilità per le azioni risolute, distinte in fatti dolosi e contravvenzioni in cui il fatto che le costituisce è volontario; e responsabilità per inosservanza, comprendente i fatti colposi e le contravvenzioni cui dà vita un fatto non voluto.

In nessun caso manca, dunque, la base psicologica della responsabilità; e questa non è mai il prodotto di un indeterminato arbitrio legislativo: le contravvenzioni hanno a radice del proprio elemento subiettivo un'attitudine psichica, a quella stessa guisa che un'attitudine psichica hanno a radice propria i delitti; il loro carattere differenziale è negli elementi che siano venuti esaminando.

6. La conoscenza della legge penale è una condizione essenziale alla formazione degli stati psichici sui quali poggia la responsabilità a titolo di dolo e di colpa e la responsabilità per le contravvenzioni?

In jure condito la discussione ha un valore limitato: di fronte alla dizione del nostro diritto positivo il quale espressamente sancisce che nessuno può a propria scusa allegare la sconoscenza della legge penale, ogni dibattito è vano. Il problema ha dunque un valore teorico, un valore efficace in jure condendo; ma le risoluzioni che nella discussione del problema si sono adottate poggiano su basi tutt'altro che solide e non sempre coerenti e non costituiscono dei presupposti ineccepibili e sicuri.[1]

Il nucleo del raziocinio su cui si aderge il riconoscimento della indeclinabilità di conoscenza della legge penale perchè possa chi commette un dato fatto esserne tenuto responsabile è questo: perchè possano i singoli consociati uniformare la propria condotta al comando della legge penale, devono essi conoscerla; ove la norma fosse sconosciuta, non sarebbe evidentemente, secondo quell'ordine d'idee, possibile nei consociati stessi il risveglio di quei processi dinamici tendenti ad eliminare i motivi dell'azione contraria alla norma positiva. Riceve però questo principio delle imprevedute e non coerenti delimitazioni: si annunzia una separazione fra un certo tipo di fatti e un altro tipo di fatti; così, si suppone che certe norme della condotta sono assorbite dallo spirito dei consociati pel fatto stesso della convivenza, e il presumere la conoscenza della legge penale per la punizione di quei fatti, il carattere criminoso dei quali è insegnato dalla stessa esperienza della vita, sarebbe, dicono i sostenitori della teoria che noi critichiamo, superfluo e dannoso, perchè in questo caso quella conoscenza si presume se non come conoscenza della norma, almeno come conoscenza del contenuto della norma stessa.

Questa distinzione limitatrice del campo d'influenza della teoria nasconde una fondamentale visione scientifica che non

[1] La sistemazione più audace della teoria che riconosce nella ignoranza della legge penale una causa di giustificazione fu data dall'Haus, in *Princip. gen. du Droit Pénal Belge* (adotto l'ediz. 3., 1879: I pag. 538 e segg). Quest'autore riassume tutti gli errori che sono indicati nel testo. Recentemente è stato questo argomento ripreso da punti di vista diversi da quelli propri all'Haus, ma in verità sembra che la tendenza al *caso per caso* sia soverchiamente dominante in quegli eminenti criminalisti italiani che oggi criticano il nostro diritto penale positivo.

resiste ad una critica sperimentale. La norma posta come tutelatrice dei rapporti di vita comunitativa non è un prodotto arbitrario emergente indiffentemente del pensiero di chi la pone: la norma non rappresenta che l'ultimo momento di un processo formativo, radicantesi nelle esigenze dei consociati e dai consociati chiaramente avvertite. Quindi il contenuto della norma non è che il prodotto di una trasfusione e una fissazione nella formula del diritto delle esigenze proprie dei collegati. Non esiste perciò una distinzione tra un illecito che si conosce con la conoscenza della legge penale e un illecito che si conosce con la stessa esperienza della vita: l'illecito della norma penale non è che la forma più precisa e più netta dell'illecito nella vita sociale; e l'ammettere che un illecito possa essere fissato nella norma senza che illecito esso sia nella vita di relazione, equivale a supporre che l'illecito della norma penale sorga da magistero arbitrario e non determinato da una esigenza reale. Dato questo punto di vista, si apprende con la esperieuza della vita tanto l'illecito contenuto nell'azione di chi ruba, quanto l'illecito contenuto nell'azione di chi butta dalle finestre cose atte ad offendere o imbrattare le persone o di chi mostra nudità invereconde. Illecito di creazione legislativa non esiste: il concepirlo equivale a concepire una norma che non risponda ad una particolare esigenza della vita di relazione. E se il contenuto della norma si riattacca per un processo tipico al contenuto della coscienza collettiva, è evidente che il contenuto della norma è una espressione della esperienza della vita.

La differenza pertanto tra un illecito che si apprende per il fatto stesso della convivenza sociale e l'illecito che si apprende con la conoscenza della norma, ha la sua radice in questo errore fondamentale, nel ritenere cioè che la norma stessa possa non avere a causa determinatrice della propria esistenza un bisogno della vita di relazione: principio codesto che l'analisi dei processi cui la norma deve la vita apertamente distrugge. Questo principio maschera le forme più tipiche della metafisica nella concezione del diritto penale e pone in essere una veduta *indeterministica* arbitraria e fuori della esperienza scientifica.

Inoltre, la teoria che noi critichiamo e che pressuppone

come necessaria all'applicazione della legge penale la conoscenza della legge medesima, s'infrange di contro ai risultati dell'analisi delle funzioni cui la norma che vieta e che punisce risponde e soddisfa. Il contenuto di questo particolare tipo di norma è come la più precisa determinazione di un *minimum* di necessità da rispettare perchè possa conseguirsi il pacifico possesso e sia garentito lo sviluppo dei singoli diritti individuali o collettivi: la norma penale, in ultima analisi, non è che un *limite* alla attività individuale; limite determinato dalle necessità della coesistenza organica delle attività stesse.[1] E se noi riflettiamo che le attività individuali tendono a manifestarsi con una espansione che le fa penetrare nell'ambito della attività altrui, è evidente come la posizione di quel limite sia il derivato di una visione che supera ed oltrepassa le singole vedute individuali, una visione energica e decisiva che a sè rigidamente sottopone le attività singole durante lo svolgersi della vita di relazione. La posizione della norma penale ha allora questo valore: di essere dominatrice delle attività singole e di contenere un comando che deve essere sempre eseguito perchè dalla sua esecuzione deriva la possibilità della coesistenza. E in realtà, è facile vedere come il rapporto che sorge tra chi afferma di non conoscere la norma e i poteri che sono chiamati a farla rispettare sia perfettamente analogo al rapporto che liga colui che, pur conoscendola, la trasgredisce e i poteri stessi: come la volontà contenuta nel comando collettivo non piega di fronte ad una volontà individua che le si contrappone, così essa non piega di fronte ad una volontà che agì sconoscendola: l'affermazione della volontà collettiva nell'uno e nell'altro caso non ha altra funzione che la conservazione delle condizioni di esistenza della vita di relazione, condizioni che non possono evidentemente essere lasciate in balìa delle volontà individuali.

E ciò a prescindere dalla considerazione che la teoria da noi oppugnata è il prodotto più evidente di quel barocchismo

[1] Su questa nozione del diritto penale come *diritto-limite*, conf. il nostro saggio: *Sulle tendenze storiche della reazione penale: la impersonalità della reazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLIII, fasc. I-III.

metafisico concepente le teorie deterministiche della psiche in maniera tutta intellettualistica: sembra che all'analisi della teoria avversaria chi viola la norma si porga come un freddo ragionatore che abbia presente e vivace nella propria coscienza tanto la norma quanto l'azione che compie; che in lui si formi come una specie di bilancia dei motivi repellenti e dei motivi propulsori; che, in sintesi, lo sviluppo dei suoi stati psichici segua una corrente freddamente calcolatrice. E invece un'analisi psicologica più fina ci dice che l'azione umana è nella massima parte dei casi l'espressione di un motivo che riempie di sè stesso tutto il campo della coscienza e che non permette che altri motivi vi prendano posto: non è lecito fare delle ipotesi: se fosse lecito, noi diremmo che un momento solo d'inibizione dovuto all'intervento di altri motivi tante volte arresterebbe sulla via del delitto!

Capovolta dunque la nozione dell'illecito penale dal suo aspetto formalistico e scheletricamente scolastico, nell'analisi del suo *contenuto* e delle funzioni che esso attua e delle esigenze cui sodisfa, il reato non si porge più all'attenzione nostra come offesa alla così detta maestà della legge penale, ma come violazione delle condizioni di esistenza della vita di relazione e delle guarentigie sociali dei beni giuridici; e, avvenuta la lesione di questi beni, o sorto il pericolo della lesione stessa, non si capisce veramente per quale recondita ragione debba arrestarsi l'ulteriore magistero protettivo svolgentesi dalla applicazione della legge penale.

In realtà la teoria propugnante la conoscenza della norma positiva è non soltanto il frutto di una concezione metafisica, ma è ancora il prodotto di una analisi incompleta dei momenti costitutori dell'energia della norma stessa. Il dinamismo della legge penale, infatti, non si svolge soltanto con finalità protettrici nel momento in cui essa comanda e vieta; la sua forza è specialmente più decisa nel momento della sua applicazione, sia perchè ravviva quel senso di moralità su cui si fonda il convincimento del rispetto ai diritti altrui, sia perchè dal punto di vista pedagogico, il valore della minaccia è tutto dato dalla esecuzione della minaccia stessa. Ed è evidente che la non applicazione darebbe alla legge penale il valore di un comando che si può non eseguire e con quanta

sicurezza dei beni giuridici ciò avverrebbe, ciascuno può da sè considerare.[1]

Se dalla critica sperimentale propria dell'indirizzo fenomenico non discende alcuna autorità alla teoria che intenderebbe racchiudere tra gli elementi psichici dell'azione punibile la conoscenza della legge penale, tanto meno poi questa autorità può alla teoria stessa essere conferita dalle particolari applicazioni che se ne tentano.

[1] La teoria avversaria invoca l'autorevole ausilio della tradizione: è bene però notare che nei nostri primissimi giureconsulti la ignoranza della legge penale favoriva particolarmente i forestieri; e sotto questo punto di vista fu prudentemente sostenuto dal CARRARA e discusso dalla Commissione coordinatrice del nostro Codice Penale. Io credo però, col dovuto rispetto a coloro che ora sostengono questa teoria, che un equivoco si nasconda in questo invocarsi della tradizione: un principio che ha un valore strettamente *storico*, e cioè relativo a particolari condizioni ambientali, si vuole di punto in bianco come trasformato in un principio razionale, assoluto, eterno etc. Perchè i nostri antichi giureconsulti, tenendo conto delle innumerevoli difformità della legislazione sbocconcellata negli Statuti, e più particolarmente della infelicissima condizione dei forestieri, che nel territorio straniero non erano protetti nè dalla legge propria nè da quella del popolo presso cui trovavansi (BRUNNER *Deutsche R. G.* § 36; confr. fra la splendida e ricca letteratura su questo argomento specialmente DEMANGEAT, *Histoire de la condit. civ. des étrang. en fr.*; MORPURGO, *Condizione giuridica dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo*, in *Arch. Giur.* IX) tendevano ad elaborare una teoria che fosse a quelli favorevole, mitigando le asprezze della condizione loro; se ne vuole ad un tratto inferire un insegnamento efficace per tutti i tempi e per tutti i luoghi. L'ammissione della ignoranza della legge penale come scusante (assai oscura del resto nello stesso CLARUS) ebbe il suo valore e la sua importanza, almeno a nostro modo di vedere, per tempi nei quali essa fu enunciata: se tutti i principi del diritto penale, sol perchè annunziati dai nostri antichi giureconsulti dovessero per ciò stesso avere autorità presso di noi, allora bisognerebbe ben dire che ha ragione il MENGER (*Ueber die socialen Aufgaben d. Rechtswissenschaft. Inaugurations rede*, 96) a combattere potentissimamente contro ogni dominio dei criteri storici nel diritto, in quanto essi sostituiscono alla critica riformatrice il principio di autorità. Del resto il chiamare a suggello delle proprie vedute teorie giuridiche oramai tramontate nella scienza e nella coscienza è un caso particolare di quella credenza tutta metafisica nella *autonomia del formalismo giuridico*, contro la quale noi ragionammo in *Sui criteri per commisurare le pene*, *Saggio di una veduta metodologica*. (*Riv. Pen.* vol. LV, pag. 7 dell' Estratto).

Quanto ai delitti dolosi nessuno certamente può ritenere seria la teoria avversaria, la erroneità della quale è chiaramente scoperta con la considerazione che essa costituirebbe una scriminante a favore di colui che dicesse: io non sapevo che la legge penale vieta di rubare. Nè è legittima la distinzione dell'Haus fra leggi antiche e leggi nuove, e cioè fra disposizioni penali che hanno per sè il conforto di una lunga serie di applicazioni a quelle che ancora non l'hanno. Sembra che a questa distinzione le leggi si porgano come una specie di formazione per auto-germinazione, quando invece tutti sappiamo il lungo processo che si svolge prima che la norma sia concretizzata nella formula del diritto.

Nè vale il dire che una nuova distinzione è da fare tra delitti che sono realmente tali per se, e delitti che sono tali per arbitrio legislativo. La distinzione non ha ragion d'essere, come già accennammo.

Quanto ai delitti colposi, la ricerca della conoscenza della legge penale costituisce una contradizione di termini. Infatti, la caratteristica dei delitti colposi è nell'evento lesivo, non deliberato, dei beni giuridici: quale dunque sarebbe il valore della ricerca della conoscenza della legge penale vietante un evento che non si volle?

Quanto finalmente alle contravvenzioni ricordiamo che esse consistono in un fatto onde si attua la possibilità di un pericolo per i beni giuridici. Ed anzitutto è bene avvertire la possibilità della transizione del reato contravvenzionale a delitto colposo: così il porre un vaso da fiori sulla finestra costituisce una contravvenzione; se una circostanza qualunque fa cadere il vaso sulle spalle di un passante, viene a darsi vita ad una figura di delitto colposo: colposo perchè presumiamo che sia *non risoluta* la omissione della cautela perchè il vaso da fiori non fosse portato via, poniamo, da un colpo di vento.

Diremo noi necessaria la ricerca della conoscenza della legge penale per punire chi pone il vaso sulla finestra senza assicurarne la fissità, e non necessaria quella ricerca quando, col cadere del vaso sulle spalle di un passante viene ad attuarsi la lesione del bene giuridico? Eppure, noi crediamo che ad essere veramente logici, se si richiede per l'un fatto, la conoscenza della legge penale dovrebbe richiedersi anche per l'altro

che dal primo discende: e questa risoluzione ripugna al senso comune, al buon senso, alla coscienza giuridica e ad ogni altra nostra convinzione teorica e pratica.

Ed anche quando il fatto che costituisce la contravvenzione impedisce la transizione della figura di reato contravvenzionale a figura delittuosa, si rende evidente come la conoscenza della legge penale non sia una condizione della applicazione di questa. I fatti costituenti la contravvenzione non sono evidentemente puniti soltanto quando la violazione del bene giuridico si concretizza; se così fosse, e per le ragioni già dette, sarebbe inutile il considerare come reati i fatti contravvenzionali. I quali son puniti perchè la presunzione loro pone un ostacolo a che i beni giuridici sieno posti in pericolo; e quindi ove il pericolo, anche indeterminato, sorge, per ciò stesso, e per ciò soltanto, la punizione si compie: il non conoscere la legge penale non esclude la potenzialità del pericolo, a quella stessa guisa che, nei delitti, non esclude che il bene giuridico sia stato violato.

Nessuno certamente vorrà accusarmi di soverchio materialismo nella concezione del magistero penale; chè anzi nelle modeste ricerche fenomeniche intorno a questo poderoso strumento di sicurezza e di moralizzazione sociale sono venuti introducendo un elemento idealista che a qualcuno è parso fin soverchio... Ma è cosa ben strana come la massima parte dei sostenitori della teoria che noi oppugniamo, poco meno che materialisti, dimentichino che il solo elemento subiettivo non basta a costituire il reato, ma che ad esso è assolutamente necessario anche l'elemento materiale, obiettivo. Perdere di vista i due elementi costitutori del reato, dando la prevalenza ad uno solo di essi, conduce all'assurdo. Certo, la maggior rilevanza che storicamente è venuta attuandosi dell'elemento subiettivo, ha una importanza somma; ma trasmutare questo elemento in unico elemento del reato, ecco quello che a noi sembra un errore fondamentale.

Peggio poi quando a costituire le nozioni di dolo e di colpa e degli elementi psichici danti vita alle contravvenzioni si crede necessaria l'esistenza di una opposizione soggettiva tra chi commette quei fatti e la legge che lo punisce: dolo è risoluzione di ledere l'altrui diritto: nella psiche di chi

lo commette può rappresentarsi come può non rappresentarsi il divieto contenuto nella legge penale; e questa non punisce l'autore perchè presuppone una volontaria lesione della legge penale, ma perchè il fatto fu volontariamente commesso, e quindi la violazione del diritto risolutamente attuata.

Colpa è la inosservanza, non voluta, della norma, e non soltanto norma di diritto, ma norma qualunque di condotta, comprese le elementari norme di prudenza e di equità che non stanno scritte in alcun codice; quindi la contrapposizione tra l'autore del fatto e la parola della legge non è un elemento essenziale alla esistenza della colpa, come non lo è alla esistenza del dolo: la legge punisce perciò indipendentemente dall'opposizione *subiettiva* tra chi l'azione compie e la legge penale, ma anche qui perchè il fatto commesso pone l'autore in una reale opposizione obiettiva fra il fatto e la legge stessa.

Lo stesso dicasi delle contravvenzioni a base delle quali sta un'attitudine psichica formalmente analoga.

E da quanto siamo venuti esponendo vedesi chiaramente come la nostra elaborazione che non ebbe a suo momento di partenza l'analisi delle disposizioni del nostro diritto penale positivo, ma l'analisi psicologica degli elementi proprî al dolo ed alla colpa perviene ad una evidente giustificazione delle disposizioni stesse, le quali in verità sembrano decisamente resistenti alle critiche che loro si muovono.

Si dirà: ma non ha alcun valore la ignoranza della legge penale? diremo noi che nei rapporti col magistero punitivo eguale è la condizione di colui che agì sconoscendo la legge penale e (dato che sia possibile questa dimostrazione) a quello di chi agì conoscendola?

Se le condizioni storiche attuali del nostro diritto repressivo fossero pari a quelle primitive sue espressioni, nelle quali l'elemento materiale costituiva in realtà il solo elemento signoreggiante sulla costituzione del reato, noi potremmo affermare che la conoscenza della legge penale non ha alcun valore. Ma poichè i due elementi integratori del reato sono dati dal momento obiettivo e dal momento subiettivo, è evidente che la valutazione di quest'ultimo momento, debba avere la sua efficacia in tutte le molteplici e poliedriche forme in cui esso momento subiettivo può essere espresso. Ma come in

nessun caso i motivi dell'azione pongono in essere una discriminante, e l'analisi loro non ha alcun valore e alcuna rilevanza nella costituzione della nozione del dolo; così la ignoranza della legge penale uon elimina del pari la nozione degli elementi psichici che stanno a fonte propulsore dell'azione. Nella nostra realtà psicologica digrada però la nostra disapprovazione, digrada cioè l'intensità di quel complesso di quegli stati di coscienza che vengono eccitati dall'urto del reato se noi sappiamo che l'azione fu compiuta nella sconoscenza della legge penale. Ed allora, l'unica conclusione possibile è che la conoscenza della legge penale contrariamente a quanto è stato detto e scritto in questi ultimi tempi non è una condizione subiettiva dell'imputazione, ma la sconoscenza è una circircostanza attenuatrice della reazione penale;[1] e cioè essa non costituisce un fattore essenziale alla costituzione degli stati psichici propulsori del reato.

Si obietta ancora essere assurdo e una vera finzione il presumere che ciascun cittadino debba conoscere la infinita con-

[1] Va dunque questa particolare circostanza attenuante collocata fra quelle indeterminatamente volute dall'articolo 59 Cod. Pen. e va la sua applicazione devoluta all'arbitrio del giudice. Il CARNEVALE nella splendida monografia unica nella nostra letteratura giuridica: *L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena* (pag. 52-53 dell'Estratto dalla *Riv. Pen.*, volume XLVIII, fasc. IV), perviene a due conclusioni delle quali la seconda soltanto coincide con quella da noi accettata. È bene però rilevare che, secondo noi, la ignoranza della legge penale non costituisce mai una *eccezione*, la quale possa dunque tendere a trascinare l'arbitrio del magistrato a giudicare in aperto contrasto con le rigide e chiaramente espresse disposizioni concrete del diritto positivo: se così fosse l'arbitrio del giudice si risolverebbe in una sostituzione del proprio potere al potere di chi pone le leggi. E se, storicamente e cioè in altre epoche storiche, i nostri giureconsulti si sforzavano di disciplinare teoricamente l'arbitrio del giudice, elaborandone una dottrina rigorosa, lo spirito che li animava era quello di limitare l'opera del giudice stesso cui una insidiosa e a volte feroce larghezza veniva disordinatamente dalle consuetudini lasciata. Oggi invece una teoria dell'arbitrio non è possibile concepire nè esprimere se non per entro ai limiti espressamente permessi dalla legge positiva, e quindi l'arbitrio non può trasformarsi in una interpretazione annientatrice della legge stessa. Non dunque *eccezione* tendente a svigorire la legge penale; ma una *circostanza* tendente ad attenuare l'applicazione della legge stessa deve rinvenirsi nella ignoranza della legge penale.

gerie dei piccoli reati contravvenzionali procedenti dalla opprimente serie di provvedimenti amministrativi dei Comuni, delle Provincie ecc.

Ci si permetta a questo punto di esporre un ordine di idee che è in aperto contrasto con tutti gli insegnamenti finora ricevuti. Dice l'art. 44 del nostro Codice: « nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale ». Sono però leggi penali i regolamenti emessi dalle singole amministrazioni centrali, provinciali, locali? Recisamente, no. Si obietta: ma hanno lo stesso valore. È ben quel che noi diciamo; e cioè non sono la stessa cosa, ma si attribuisce loro lo stesso valore. È come se si dicesse: sono diversi ma... sono eguali!...

E se il nostro diritto positivo dice legge penale, tutta la nostra coscienza scientifica si ribella a dare il valore di legge a quegli atti del potere che legge non sono. Certo in Italia noi succhiamo col latte materno la incostituzionalità: abituati alla sospensione delle guarentigie statutarie ad ogni piè sospinto, all'arbitrio più assoluto dei poteri dominanti, e alla negazione di ogni libertà politica, non fa poi molta impressione che un regolamento (atto del potere esecutivo) si trasformi di punto in bianco, nel suo valore, in legge (atto del potere legislativo). Ma c'è tanta incostituzionalità in Italia che veramente non è proprio il caso che la scienza ne convalidi con la propria autorità un caso tipico, in aperto dissenso con gli articoli 1 e 44 del Codice Penale, che deve essere interpetrato secondo che esso suona, non secondo noi vogliamo farlo suonare.